

DO RECURSO ESPECIAL: alguns aspectos atuais*

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Sumário:

1. Introdução - 2. Origem do Recurso Especial - 3. Função do recurso especial - 4. Pressupostos do Recurso Especial - 5. Prequestionamento da questão federal - 6. Casos de cabimento do Recurso Especial - 7. Súmulas do STJ sobre o Recurso Especial - 8. Algumas questões atuais; 8a. Controle difuso da constitucionalidade das leis; 8b. Lei incompatível com a Constituição superveniente; 8c. Recurso Especial retido; 8d. Recurso especial e preparo; 8e. Recurso especial e norma infraconstitucional que repete texto constitucional; 8f. Recurso especial e acórdão proferido em embargos infringentes; 8g. Recurso especial e Recurso extraordinário: interposição concomitante; 8h. Agravo de instrumento contra decisão denegatória de seguimento ao recurso especial; 8i. Decisão do agravo pelo STJ; 8j. Recurso especial e Súmula nº 7; 8k. Agravo regimental da decisão que dá provimento ao agravo para determinar a subida do recurso especial - 9. Encerramento.

1. Introdução

* Palestra proferida na Faculdade de Tuiuti – Curitiba – PR, em 29/05/2004.



** Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir da Constituição de 1988.

O Superior Tribunal de Justiça constitui uma importante novidade trazida pela atual Constituição. Esta transformou o Supremo Tribunal Federal em Corte predominantemente constitucional, ao mesmo tempo, criou o Superior Tribunal de Justiça para absorver parte da sua competência e substituiu o velho Tribunal Federal de Recursos por cinco Tribunais Regionais Federais.

As alterações são importantes e é necessário salientar, de início, que o Superior Tribunal de Justiça nada tem a ver com o extinto Tribunal Federal de Recursos. Essa confusão é feita, de modo geral, porque o prédio do Superior Tribunal de Justiça é o mesmo do antigo Tribunal Federal de Recursos, os funcionários das duas Cortes, nos seus primeiros tempos, eram os mesmos, muitos dos Ministros do Tribunal extinto passaram a atuar no Superior Tribunal de Justiça. Apesar disso, são os dois Tribunais totalmente distintos. A competência deles é diversa. O Superior Tribunal de Justiça absorveu competências do Supremo Tribunal Federal, que são de índole federativa, enquanto o Tribunal Federal de Recursos, que era um tribunal de apelação, foi subdividido em cinco outros, que são os Tribunais Regionais Federais.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário; o Superior Tribunal de Justiça é o órgão de cúpula da Justiça comum. Esclareça-se que se denomina Justiça comum toda aquela não-especializada, ou seja, que não integra as Justiça Militar, Eleitoral e do Trabalho, podendo ser ela federal e estadual.

O Superior Tribunal de Justiça é uma Corte nacional, porque exerce jurisdição sobre a Justiça Federal e a Justiça estadual. Tem uma peculiaridade muito importante: integram-na onze desembargadores, representando a Justiça dos estados, onze juízes dos Tribunais Regionais Federais, representando a Justiça Federal e, ainda, advogados e membros do Ministério Público Federal, dos estados, do Distrito Federal e dos

Territórios. Todos os setores que atuam junto à justiça têm representação nesse Tribunal.

A criação do Superior Tribunal de Justiça constitui medida que resultou de profundos estudos nos meios forenses. Tais estudos foram feitos para resolver a denominada “crise do Supremo Tribunal Federal”, que passou a atingir, também, a Justiça Federal como um todo.

Diz o art. 105, inciso III, da Lei Maior que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Conforme se depreende do texto constitucional, o recurso especial, em suma, nada mais é do que o recurso extraordinário antes julgado pelo Supremo Tribunal Federal, com exclusão do seu bojo da matéria constitucional.

2. Origem do Recurso Especial

A origem do recurso especial é a mesma do recurso extraordinário, vez que o recurso especial, como antes afirmado, é nada mais que o antigo recurso extraordinário adstrito à matéria infraconstitucional.

O recurso extraordinário, no panorama pátrio, foi inspirado no *writ of error* norte-americano, apoiando-se ente no *Judiciary Act*, de 24 de setembro de 1789, lei ordinária alterada pelas leis de 5 de fevereiro de 1867 e de 18 de fevereiro de 1975, cujo art. 25 tinha esta redação:

“Deve ser revista pela Suprema Corte, para ser cassada ou confirmada, a decisão da mais alta corte de um dos Estados, em causa em que se questionar sobre a validade de um



tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contrária à validade; quando se questionar sobre a validade de uma lei ou de um ato de autoridade estadual, sob fundamento de serem contrários à Constituição, a tratado ou a leis federais, e a decisão for pela validade; quando se reclamar algum título, direito ou privilégio ou imunidade com fundamento na Constituição, tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contra o título, direito, privilégio, imunidade, especialmente invocados pela parte, em face de tal constituição, tratado, lei ou ato.”

O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, organizando a Justiça Federal, criou o Supremo Tribunal Federal, atribuindo-lhe, entre outras, a competência para julgar recurso especial, ainda sem denominação, análogo àquele do direito norte-americano.

O texto, na sua essência, embora com alterações, foi mantido pelo art. 59, § 1º, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, modificado pelo art. 60, § 1º, daquela Constituição, na redação dada pelas emendas de 6 de setembro de 1926 e, posteriormente, pelo art. 76, III, da Constituição de 16 de junho de 1934; art. 101, III, da Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937; art. 101, III, da Constituição de 18 de setembro de 1946; art. 114, III, da Constituição de 24 de janeiro de 1967, dispositivo este alterado pelo art. 119, III, da Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1969.

A denominação recurso extraordinário foi empregada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 26 de fevereiro de 1891 e repetida pela Lei nº 221, de 20 de novembro do mesmo ano, passando a constar da Constituição de 1934 e das constituições posteriores.

Foi a Constituição em vigor, promulgada em 5 de outubro de 1988, que passou a referir-se a dois recursos excepcionais: o recurso extraordinário, cabível para o Supremo Tribunal Federal, versando matéria constitucional (art. 102, III) e o recurso especial, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, atinente à matéria infraconstitucional (art. 105, III).

3. Função do Recurso Especial

Depreende-se do resumo feito que muitos escólios doutrinários e jurisprudenciais afluídos sob a égide dos textos constitucionais anteriores acerca do recurso extraordinário, particularmente sobre aquele concernente à matéria infraconstitucional, devem ser considerados nos estudos relativos ao recurso especial, sobre o qual passamos a refletir de maneira mais específica.

De início, para a boa compreensão do recurso especial, é importante entender a sua filosofia, a razão da sua existência. A sua função precípua é dar prevalência à tutela de um interesse geral do Estado sobre os interesses dos litigantes (Liebman). O motivo está, segundo lembra Buzaid, em que o erro de fato é menos pernicioso do que o erro de direito. Com efeito, o erro de fato, por achar-se circunscrito a determinada causa, não transcende os seus efeitos, enquanto o erro de direito contagia os demais juízes, podendo servir de antecedente judiciário.

Tanto quanto nos países europeus em que há juízes de cassação e revisão, parte o nosso sistema jurídico de que, para a satisfação dos anseios dos litigantes, são suficientes dois graus de jurisdição: sentença de primeira instância e julgamento do tribunal. Por isso, ao apreciar o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, mais que o exame do direito das partes, estará a exercer o controle da legalidade do julgado proferido pelo tribunal *a quo*.

Em suma, a função do recurso especial é tutelar a autoridade e unidade da lei federal. Essa função é exercida, segundo ensinamentos de Pontes de Miranda, assegurando a sua inteireza positiva (art. 105, III, a), a sua autoridade (art. 105, III, b) e a sua uniformização de interpretação (art. 105, III, c).

4. Pressupostos do Recurso Especial

Os pressupostos gerais do recurso especial são os mesmos atinentes aos outros recursos. Todavia adicionam-se a eles pressupostos específicos, quais sejam:

- a) existência de causa decidida em única ou última instância por tribunais;
- b) que a decisão, a ser impugnada através dele, seja definitiva;
- c) existência de questão federal constantes nas alíneas do inciso III do art. 105 da Constituição.

Aspecto importante a salientar é que a nova Constituição, ao contrário do que acontecia com o recurso extraordinário versando matéria infraconstitucional, não admite possa o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça restringir os casos de cabimento de recurso especial (ver Constituição de 1967, com a redação da EC nº 1/69, art. 119, parágrafo único).

O exame do inciso III do art. 105 da Constituição leva-nos a importantes reflexões. Diz o texto que cabe ao Superior Tribunal de Justiça:

“Julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida”.

Na exegese do inciso, a primeira questão a ser examinada concerne ao conceito de "causas". A propósito, ensina Amaral Santos, que causa é qualquer questão sujeita à decisão judiciária, tanto em processos de jurisdição contenciosa como em processos de jurisdição voluntária.

O texto constitucional emprega, portanto, a palavra "causa" em sentido amplo. O seu conceito é mais abrangente que o de "ação". Lembra Castro Nunes que "qualquer processo, seja de que natureza for, se nele for proferida decisão de que resulte comprometida uma lei federal, é uma



causa para os efeitos do recurso extraordinário, ensinamento que vale para o recurso especial. Alerta, porém, o grande jurista que certos procedimentos relativos a atribuições administrativas dos órgãos judiciários não são propriamente causas. Nesse sentido, exemplifica:

"É o que ocorre nos casos em que o Tribunal pratica um ato de natureza administrativa, alheio à sua função específica de órgão judiciário. Exemplos: quando elabora o seu Regimento Interno, impõe uma punição disciplinar, organiza uma lista de candidatos para nomeação ou promoção, etc. Se o ato lesa um direito individual cabe ao prejudicado usar do mandado de segurança ou propor a ação que couber, e será esse o feito judicial de cuja decisão final caberá então o recurso extraordinário" (leia-se: recurso especial).

Fala o preceito constitucional em causas decididas, em única ou última instância por tribunais de apelação. A decisão há de ser final, portanto não caberá o recurso se o acórdão for impugnável através de embargos infringentes.

Decisão proferida em única instância é aquela relativa a causas da competência originária dos tribunais como ação rescisória, revisão criminal, **habeas data** e, ainda, mandado de segurança e **habeas corpus**. Todavia, quanto a estes dois últimos, é importante salientar que só cabe recurso especial se o acórdão conceder a ordem. Se a denegar, o recurso cabível será o recurso ordinário (Constituição, art. 105, II, a e b). Com atinência ao **habeas data**, a Constituição incidiu em equívoco, olvidando o seu sistema, ao deixar de prever o cabimento de recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça da decisão que o tenha denegado, proferida pelos Tribunais Regionais Federais (ver arts. 105, inciso II, e 108, inciso I, letra c). Neste caso, pois, seja a decisão concessiva ou denegatória, se não versar questão constitucional, o recurso dela cabível será o especial.

A decisão impugnável através do recurso especial há de ser proferida por tribunais de apelação da Justiça comum, seja estadual (Tribunais de Justiça, inclusive do DF, e Tribunal de Alçada), seja federal (Tribunais Regionais Federais). O recurso de que tratamos não é aplicável a



acórdãos proferidos por tribunais integrantes da Justiça especializada (Eleitoral, Militar e do Trabalho).

Referindo-se o texto à decisão proferida por tribunal, resulta que não cabe recurso especial em causa de alçada, nem naquelas proferidas pelos Juizados Especiais, federais ou estaduais.

É necessário, ainda, que o acórdão do tribunal de apelação da Justiça comum tenha decidido "questão federal", segundo se depreende das alíneas do inciso III do art. 105 da Constituição. A consequência é que não cabe recurso especial para reexaminar matéria de fato; por ofensa a lei local (estadual ou municipal); por ofensa a regimento de tribunais; ou para interpretação de cláusulas contratuais.

A manifestação do recurso especial é adstrita à matéria de direito federal. Há de fundar-se em fatos incontroversos, como tais tidos pelas instâncias ordinárias. Todavia convém alertar que as questões atinentes à valoração da prova são de direito e não de fato.

5. Prequestionamento da questão federal

A "questão federal" há de ser prequestionada, ou seja, é necessário que o tribunal **a quo** a tenha apreciado. O prequestionamento é um dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial. Sobre o assunto cumpre ressaltar que, a partir da Constituição de 1967, houve quem sustentasse a desnecessidade do prequestionamento, porque a referida Constituição não faz referência à palavra "questionar". Fala que o recurso é cabível quando a decisão recorrida negar vigência de tratado ou de lei federal (art. 114, III, a, com a redação mantida pelo art. 119, III, a, da E.C. nº 1/69), diversamente dos textos constitucionais precedentes (Constituição de 1891, art. 59, § 1º, a: quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais; Emenda de 1926, art. 60, § 1º, a: quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais; Constituição de 1934, art. 79, III, b: quando se questionar sobre



a vigência e validade de lei federal; Constituição de 1937, art. 101, III, b: quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal; Constituição de 1946, art. 101, III, b: quando se questionar sobre a validade da lei federal). Tal orientação, contudo, afigura-se-me não se compatibilizar com a razão de ser do recurso especial, que, conforme se pode deduzir da explanação antes feita, é um recurso que tem por escopo a inteireza positiva, a autoridade e a uniformidade de interpretação das leis federais. Sem ter o acórdão concretamente, apreciado as questões pertinentes aos citados objetivos, consubstanciados nas três letras do permissivo constitucional, não há ensejo para a atuação da jurisdição excepcional competente para decidir o aludido recurso.

No tópico, pois, têm aplicação os princípios consubstanciados nas Súmulas nº 282 e 356 do Supremo, nestes termos:

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

“O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do questionamento”.

Sustentou-se, sob a égide da Constituição anterior, a inconstitucionalidade da Súmula nº 282 supratranscrita, a qual, no entanto, foi repelida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao decidir o ERE 96802 (Ag. Rg.) - RJ (RTJ 109/299-304). O relator do citado precedente foi o insigne processualista Ministro Alfredo Buzaid, que, no seu douto voto, demonstrou que a doutrina brasileira nunca hesitou em consagrar a referida orientação (Pedro Lessa, Do Poder Judiciário, pág. 101; Matos Peixoto, Recurso Extraordinário, pág. 89 e seguintes), sendo coincidente com as doutrinas consagradas sobre o assunto nos Estados Unidos da América (Cooley, A treatise of constitutional limitations, 6ª edição, Boston, 1890, págs. 18 e 19; na Argentina (Bielsa, La proteccion constitucional y el recurso extraordinario, Buenos Aires, 1958, pág. 248) e na República



Federal da Alemanha (Stein - Ionas - Schönke, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 17^a ed., obs. n° 1 ao 561).

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n° 211, nestes termos:

“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal ‘a quo’.”

Portanto, se a parte manifestar embargos declaratórios com o objetivo de que o acórdão, a ser impugnado via recurso especial, se pronuncie sobre questão federal que julgue relevante e, ainda assim, o julgado que nele vier a ser proferido permanecer omissos quanto ao tema, incumbe-lhe alegar ofensa ao art. 535 e incisos do Código de Processo Civil no recurso a ser endereçado ao Superior Tribunal de Justiça. Se este verificar a existência da omissão, anulará o acórdão nos declaratórios e determinará que outro seja proferido para suprir a omissão.

Assinale-se que a regra do prequestionamento ajusta-se ao princípio da eventualidade, segundo o qual as partes devem suscitar desde logo todas as questões a serem objeto de decisão, não podendo deixar para fazê-lo ao seu talante, surpreendendo o adversário. De outra parte, é dever dos juízes e tribunais decidir as questões suscitadas, podendo a parte, no caso de omissão, instá-los a solucioná-las através de embargos declaratórios.

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido o chamado prequestionamento implícito. Muitas vezes o dispositivo legal não é citado expressamente no acórdão, mas, pelo contexto dos autos, percebe-se, claramente, que a solução da controvérsia pelo acórdão recorrido se deu com base nele. Nesse caso, é tido como prequestionado.

6. Casos de cabimento do Recurso Especial



Os casos de cabimento do recurso especial são os previstos nas alíneas a, b, e c do art. 105 da Constituição.

De acordo com a alínea a, cabe recurso especial quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

Os textos constitucionais anteriores usavam expressões semelhantes: decisão for contra a validade, ou a aplicação de tratados ou leis federais (Constituição de 1891); decisão for contra a letra de tratado ou lei federal (Constituição de 1934); decisão for contra a letra de tratado ou lei federal (Constituição de 1937); decisão for contrária à letra de tratado ou lei federal (Constituição de 1946); decisão negar vigência de tratado ou lei federal (Constituição de 1967 e EC nº 1/69).

Do estudo das expressões utilizadas pelas várias Constituições, resulta que "contrariar", "negar vigência", "negar vigor" e "negar aplicação" à lei federal é a mesma coisa, segundo se depreende do brilhantíssimo voto que o eminente Ministro Prado Kelly proferiu no RE 42.255 (RTJ 43/666-684), tendo o sentido que, a seguir, passarei a explicitar. Em suma, segundo os autores em que se baseou na fundamentação do seu voto, aplicar a lei com violação da sua expressa disposição é o mesmo que não aplicá-la ou tê-la por inexistente ou revogada. As leis foram feitas para serem cumpridas e não iludidas ou postergadas (Ministro Aquino de Castro). O que importa é que "a tese da lei tenha sido desobedecida" (Cândido de Oliveira).

É importante, pois, salientar que a expressão "negar vigência" não se adstringe à mera questão de eficácia da lei no tempo, consistente em saber se "uma lei vige, já não vige ou ainda não vige" (Ministro Castro Nunes). A cláusula "negar vigência" equivale à cláusula "negar aplicação" da Constituição de 1891: deixar de reconhecer eficácia à norma federal no caso concreto. Significa aplicar a lei federal erroneamente com ofensa da sua letra ou do seu espírito. Ou seja: quando o tribunal recorrido comete erro de direito através de violação ou da falsa aplicação da lei. Segundo



ensina Buzaid, dá-se a falsa aplicação, quando se subsumiu na norma posta fato diverso daquele que a norma prevê. Considerando-se a sentença como um silogismo, a violação consiste assim num erro da premissa maior; a falsa aplicação na sua conclusão.

Tais ensinamentos foram bem resumidos pelo Ministro Aliomar Baleeiro, no voto publicado na RTJ 64/677: *Por vezes, sustentei que não aplicar o dispositivo indicado, ou aplicar o não indicado, assim como dar o que a lei nega, ou negar o que ela dá, equivale a negar vigência de tal lei. E ainda continuo convencido disso, pois nenhum juiz recusa vigência à lei, salvo casos excepcionalíssimos de direito intertemporal ou de loucura furiosa.*

Assinalo que a expressão lei federal é empregada em sentido amplo, abrangendo atos normativos de menor hierarquia como decretos e regulamentos.

A alínea b admite o recurso especial no caso de a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal.

Objetiva o dispositivo garantir a observância da hierarquia das leis, com a prevalência das leis federais sobre as locais.

O texto fala em "lei ou ato de governo local". "Local" é no sentido de estadual ou municipal. "Ato de governo" abrange atos administrativos, em sentido amplo, praticados pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário. Para tal efeito, as leis atinentes ao Distrito Federal, como a de organização judiciária, são locais.

Com fundamento na letra c do permissivo constitucional, cabe recurso especial quando a decisão recorrida der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Em tal hipótese, a finalidade do recurso especial é uniformizar a interpretação da lei federal. A divergência interpretativa há de ocorrer entre dois tribunais estaduais, entre dois Tribunais Regionais Federais, ou entre um tribunal estadual e um Regional Federal. E ainda mais: entre qualquer dos citados tribunais de apelação e o Superior Tribunal de Justiça.

O recurso não é, pois, cabível para superar divergência entre órgãos dos próprios tribunais de apelação quanto à interpretação de lei federal. Nesse caso, a unicidade interpretativa desta há de ser obtida pela uniformização de jurisprudência. Só a divergência interpretativa externa, isto é, ocorrida entre tribunais diversos pode ensejar o recurso especial.

A decisão trazida a confronto, para fins de caracterização da divergência, há de ser final. Se ela ainda pode ser reformada pelo próprio tribunal que a proferiu - quem sabe se no sentido do acórdão de que se interpôs o recurso especial? - ainda não se pode falar em divergência entre tribunais.

A propósito, convém ter em conta o art. 557 e seus parágrafos do Código de Processo Civil, com redação que lhes foi dada pela Lei nº 9.756, de 17/12/98. Os referidos preceitos permitem ao Relator, em decisão monocrática, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal ou de Tribunal Superior ou, ainda, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunais Superiores.

Como se sabe, essas decisões monocráticas são agraváveis (CPC, art. 557, § 1º). Antes de interposto e decidido por julgado do órgão colegiado competente não são consideradas finais e, por isso não ensejam recurso especial. Com frequência, relatores decidem monocraticamente embargos declaratórios e a parte não interpõe agravo regimental para o

Colegiado. Consequência: o seu recurso especial contra o acórdão embargado é considerado intempestivo.

Julgados do mesmo tribunal não servem para fundamentar o recurso especial por divergência jurisprudencial (ver Súmula nº 369 do STF, atinente ao extraordinário). A divergência, porém, pode ocorrer até mesmo entre dois tribunais do mesmo Estado, entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Alçada, por exemplo.

7. Súmulas do STJ sobre o Recurso Especial

Sobre o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando, de modo geral, as súmulas do Supremo Tribunal Federal relativas ao recurso extraordinário, com restrições ao verbete de nº 400. Sobre a matéria, contudo, já aprovou as seguintes súmulas:

Nº 5: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

Nº 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Nº 13: A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial.

Nº 83: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Nº 86: Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.

Nº 123: A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais.

Nº 126: É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

Nº 203: Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.(*)

(*) Julgando o AgRg no Ag 400.076-BA, na sessão de 23/05/02, a Corte Especial deliberou pela alteração da súmula n. 203.

Nº 207: É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no Tribunal de origem.

Nº 211: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal “a quo”.

8. Algumas questões atuais

a) Controle difuso da constitucionalidade das leis:

Pode o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar recurso especial, exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis, ou seja, na citada hipótese, é aplicável àquela Corte o art. 97 da Constituição, segundo o qual somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público? A minha resposta é afirmativa, porquanto o citado preceito constitucional é aplicável a todos os tribunais, sem exceção, não sendo concebível que, ao julgar o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça aplique dispositivo de lei cuja negativa de vigência é alegada, se os seus julgadores estão convencidos da sua inconstitucionalidade. Nessa hipótese, cumpre ao órgão fracionário suscitar o incidente de inconstitucionalidade, a ser dirimido pela Corte Especial.

Recentemente, no Resp 215881 / PR a Corte Especial discutiu amplamente o tema, que, ainda, enseja controvérsias. Eis a ementa do respectivo acórdão, que bem refletiu o decidido:

“Recurso especial (julgamento). Inconstitucionalidade (prejudicial). Arguição/procedimento (Regimento, art. 200 e Cód. de Pr. Civil, arts. 480 a 482). Competências constitucionais (distribuição).

Incidente (caso em que lhe falta cabimento).

1. No julgamento do recurso especial, uma vez acolhida a arguição, a Turma remeterá o feito à Corte Especial.

2. Compete à Corte Especial julgar a prejudicial de inconstitucionalidade.

3. Do julgamento, porém, não poderá tirar proveito o autor do recurso especial (recorrente). Caso a declaração venha a beneficiar o recorrente, ao incidente faltará cabimento.

4. É que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105 da Constituição, em princípio o Superior não dispõe do contencioso constitucional. Tê-lo-á em restritas hipóteses.

5. Em tal competência, o que é do Superior é toda a jurisdição infraconstitucional (o direito comum).

6. Já no exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional.

7. No exercício da competência do inciso III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim.

8. Caso em que a inconstitucionalidade, se declarada, não aproveitaria ao recorrido. Por sinal, nem ao recorrente, que interesse algum tinha na declaração, tanto que se defendera com outros fatos e outros fundamentos. Daí, em caso que tal, tratar-se-ia, também, de declaração de inconstitucionalidade em tese.

9. Preliminar de não-cabimento, acolhida por maioria de votos.”



b) Lei incompatível com a Constituição superveniente

Com base em julgado do Supremo, proferido na ADIN nº 415-8-600-DF da qual foi Relator o ilustre Ministro Paulo Brossard, cheguei a sustentar que a revogação de lei por texto constitucional superveniente constituía matéria infraconstitucional. Eis a ementa do acórdão proferido na referida ADIN em que me baseei:

CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE

A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suspensa, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. Alei maior valeria menos que a lei ordinária.

Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária.

Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do voto proferido na ADIN nº 2-1/600.

Todavia, a jurisprudência, hoje prevalente, é no sentido que a revogação de lei por texto constitucional superveniente constitui matéria constitucional. Enseja, pois, recurso extraordinário e não especial. Nesse sentido (STJ – RDA 202/204 – Cód. Proc. Civil – Theotônio Negrão, pág. 31, 35^a ed.)

“A incompatibilidade de lei com nova Constituição importa em sua revogação por inconstitucionalidade superveniente. É



próprio do recurso extraordinário – e não do especial – a declaração de inconstitucionalidade superveniente”

No mesmo sentido: STF – RDA 203/243”

c) Recurso Especial retido

O recurso especial retido foi criado pela Lei nº 9756, de 17-12-1998, que, depois, fora incorporado ao art. 542 do Código de Processo Civil, no que § 3º. É cabível, quando interposto contra o acórdão proferido em decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou em embargos à execução. Só é processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões.

O instituto segue a filosofia de apressar o julgamento do mérito. Devia ser adotada, com mais êxito talvez, no que se refere aos agravos contra as decisões monocráticas prolatadas pelos juízes de primeiro grau. Mediante medida cautelar ou simples petição, o Superior Tribunal de Justiça tem determinado o processamento do recurso especial retido em muitos casos, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, atribuindo-lhe, muitas vezes, efeito suspensivo ativo. Em tais hipóteses, a aparência do bom direito é examinada à vista da própria petição do recurso especial. Entre as exceções podem ser citadas as relativas à concessão ou negação de tutela antecipada, de prova pericial ensejadora de despesas vultosas, as que deferem liminar, as que decidem sobre competência, entre outras.

d) Recurso especial e preparo

No Superior Tribunal de Justiça, não são devidas custas, mas incumbe a parte pagar as despesas do porte de remessa e retorno dos autos, cujos valores são recolhidos mediante documento de arrecadação, de acordo com instruções e tabelas expedidas pelo Superior Tribunal de Justiça (Lei nº 9756, de 17-12-1998, que introduziu o art. 41-B à Lei nº 8.038, de 28-5-90). Essas despesas integram as de preparo do recurso. Se não forem atendidas, a consequência é a sua deserção.



O art. 511 e seus parágrafos do Código de Processo Civil, com a redação das leis nº 9.756, de 17-12-98, que alteram a que lhe foi dada pela Lei nº 8.950, de 13-12-94. Diz o caput do citado dispositivo que “no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

Segundo decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, o preparo há de ser feito concomitantemente à interposição do recurso. Se este é preparado, após, ainda que dentro do prazo recursal, é considerado deserto (Resp 105.669-RS, Corte Especial, 16-4-97, Relator Ministro Menezes Direito).

Diz o § 2º do citado art. 511 que a insuficiência do preparo só implica deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias. Portanto, para fins de deserção, preparo insuficiente não se assimila à sua falta (Resp nº 243.116-RS, Relator Ministro Ari Pargendler).

Todavia, encerrado o expediente bancário mais cedo do que o do protocolo do Foro, admite-se seja o prazo de preparo prorrogado para o dia seguinte.

Tem-se admitido que a comprovação do preparo possa ser juntada aos autos posteriormente, desde que feito aquele dentro do prazo.

e) Recurso especial e norma infraconstitucional que repete texto constitucional

O art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil repete quase que literalmente o art. 5º, XXXVI, da Constituição, segundo a qual a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O tema é, pois, de índole constitucional, pois se for revogado o caput do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil nada se alterará quanto à proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e à coisa julgada, ou seja, a retroatividade da lei não poderá alcançá-los.



Nesse caso, muitas vezes a parte alega no recurso especial ofensa ao art. 6º da LICC e não do art. 5º, XXXVI, da Constituição. Como proceder em tal caso? Esse é tema que está em debate no Superior Tribunal de Justiça. Situa-se na denominada zona cinzenta que abrange área de competência dos dois Tribunais da Federação. De ter-se em conta que, com frequência, para se examinar a ocorrência das referidas exceções ao princípio da retroatividade é necessário adentrar-se no exame da legislação infraconstitucional e o Supremo tem jurisprudência no sentido de que ofensa oblíqua a texto constitucional não enseja recurso extraordinário. Como fica a parte nesse contexto? É preciso encontrar-se uma solução para esse caso que não prejudique o direito da parte.

f) Recurso especial e acórdão proferido em embargos infringentes

A respeito, não se pode olvidar a nova redação dada ao art. 530 do código de Processo Civil pela Lei nº 10.352, de 26/12/01: “cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.”

De ter-se em conta, ainda, o art. 498 do CPC com a redação da citada lei:

“Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para o recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos.

Parágrafo único. Quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos.”

g) Recurso especial e Recurso extraordinário: interposição concomitante



Diz o art. 543 do CPC que, no caso de interposição concomitante, ambos os recursos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça. Se assim não fosse, imprescindível seria a constituição de autos suplementares. O procedimento é estabelecido nos parágrafos do citado artigo:

“§ 1º Concluído o julgamento do recurso especial, serão os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado.

§ 2º Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrekorível sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, se o relator do recurso extraordinário, em decisão irrekorível, não o considerar prejudicial, devolverá os autos ao Supremo Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial.”

A primeira observação, o Superior Tribunal de Justiça pode, ao julgar o recurso especial, declarar prejudicado o recurso extraordinário. Prejudicialidade constitui matéria de mérito. Portanto, ao assim decidir, o STJ entra no âmbito da competência do Supremo. Tal proceder será constitucional?

De outra parte, se o acórdão recorrido apóia-se em duplo fundamento é de ter-se em conta a Súmula nº 126 desta Corte, nestes termos:

“É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”

h) Agravo de instrumento contra decisão denegatória de seguimento ao recurso especial

Contra a decisão denegatória de seguimento a recurso especial, cabe agravo de instrumento. Esse agravo, segundo o § 1º do art. 544, com



a redação da Lei nº 10.352, de 26/12/01, há de ser “instruído com as peças apresentadas pela parte, devendo constar, obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópia do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.”

Portanto, à Secretaria do Tribunal não pode ser atribuída falha na constituição do instrumento do agravo. Essa providência é da inteira responsabilidade do agravado, que deve fiscalizar, cuidadosamente, a feitura dos autos do agravo. Qualquer falha tem como consequência o seu não conhecimento pelo STJ, que, no tópico, é rigoroso. Não admite, posteriormente, o suprimento de qualquer falha acaso ocorrida.

i) Decisão do agravo pelo STJ

O § 3º do art. 544 do CPC, com a redação da Lei nº 9.756, de 17/12/1998, trouxe significativa modificação quanto à decisão do agravo pelo STJ. Eis os seus termos:

“Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo, para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.”

Conforme se verifica, pode o Relator, por decisão monocrática, julgar o próprio mérito do recurso especial. Nesse caso, se interposto agravo interno, cujo julgamento mantenha a decisão meritória, é de admitir-se sejam cabíveis embargos de divergência contra o respectivo acórdão. Essa orientação é a que prevalece na Corte Especial do STJ.

j) Recurso especial e Súmula nº 7



A fixação do valor de indenização ou de verba advocatícia constitui, em regra, matéria de fato, dependente, pois, das circunstâncias da causa, não ensejando recurso especial (Súmula nº 7).

Todavia, em certos casos, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado o tema como questão de direito. A propósito, tem admitido a revisão da indenização, a fim de resguardar o direito federal, quando arbitrada em verbas irrisórias ou excessivamente altas.

Sobre o assunto, esse texto da ementa do Resp nº 243.093-RJ, da Relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo:

“III - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

IV - Na espécie dos autos, o valor fixado a título de danos morais não se mostrou razoável, notadamente em razão dos precedentes da Turma em casos mais graves.”

Nesse sentido, o decidido no Resp nº 527.414-PR, Relator Ministro Barros Monteiro:

“INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CHEQUE DEVOLVIDO INDEVIDAMENTE POR INSUFICIENTE PROVISÃO DE FUNDOS. ARBITRAMENTO EM QUANTUM EXCESSIVO. REDUÇÃO.

– A indenização por dano moral sujeita-se ao controle do STJ quando a quantia fixada se mostrar ínfima, de um lado, ou visivelmente exagerada, de outro.

– Hipótese em que, por suas peculiaridades, o arbitramento é considerado excessivo. Redução do valor em conformidade com os parâmetros adotados pela Quarta Turma.

Recurso especial conhecido, em parte, e provido.”

A mesma exceção tem sido aplicada na reapreciação da verba advocatícia no caso de ser estipulada pelo acórdão recorrido em valor ínfimo, irrisório, não compatível com a dignidade do exercício da profissão de causídico.

Com essa orientação, o aludido no Resp nº 331.108-PR, da relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

"Honorários de advogado. Incidência do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil. Valor irrisório. Precedentes da Corte.

1. A jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Privado está assentada no sentido da possibilidade de revisão do valor dos honorários, fixados com base no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, quando, consideradas as circunstâncias da causa, ínfimo, irrisório, o que ocorre neste feito, para evitar que se amesquinde a verba honorária ao abrigo do conceito de equidade.

2. Recurso especial conhecido e provido."

No Resp nº 270.187-SC, aduziu dobre o tema o Ministro César Rocha:

"verba honorária fixada 'consoante apreciação eqüitativa do juiz' (art. 20, § 4º CPC), por decorrer de ato discricionário do magistrado, deve traduzir-se num valor que não fira a chamada lógica do razoável que, pelas peculiaridades da espécie, deve guardar legítima correspondência com o valor do benefício patrimonial discutido, pois em nome da equidade não se pode baratear a sucumbência, nem elevá-la a patamares pinaculares"

k) Agravo regimental da decisão que dá provimento ao agravo para determinar a subida do recurso especial

A lei prevê agravo regimental contra decisão que nega seguimento ou provimento a agravo de instrumento visando ao processamento do recurso especial.

Todavia, há precedentes jurisprudenciais no sentido do cabimento do agravo regimental nos casos de provimento do agravo, a fim



de que venha o recurso especial, por falta de atendimento dos seus pressupostos (falta de peças e intempestividade, por exemplo). Nesse sentido: AgRg no Ag nº 476.163-MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves; AgRg no Ag nº 208.616-RJ de que fui Relator).

9. Encerramento

Ao concluir, quero dizer da minha satisfação de comparecer a esta bela cidade de Curitiba para colaborar com estudos sobre o Direito Processual Civil que se realizam nesta Universidade Tuiti do Paraná. O Paraná é terra de grandes mestres do Direito Processual, entre eles o notável Professor Egas Dirceu Muniz de Aragão, que tantas contribuições valiosas trouxe à importante matéria, ao qual peço para prestar a minha homenagem. Não posso, também, deixar de manifestar a minha admiração pelo Professor Luiz Guilherme Marioni, que me formulou o convite para aqui comparecer. Os seus trabalhos sobre o Direito Processual em geral, especialmente sobre as medidas de urgência, consubstanciam excepcional contribuição ao importante ramo do direito, diante das novas exigências da vida moderna.

Muito obrigado.

